



Valledupar, Diecisiete (17) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

Referencia: ACCION DE TUTELA.

Accionante: JASSEL MENDOZA ARIAS en representación de su hijo ALEJANDRO FUENTES MENDOZA

Accionado: FAMISANAR EPS

Vinculado: SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL CESAR

Rad. 20001-41-89-002-2023-00688-00

Providencia: FALLO DE TUTELA

Procede el Juzgado a dictar el fallo correspondiente en la acción de tutela referenciada. En la cual se relacionan los siguientes:

I. HECHOS:

- Manifiesta la accionante que su hijo menor Alejandro Fuentes, el cual se encuentra afiliado a Famisanar EPS, diagnosticado con Trastorno de lenguaje expresivo, daño fronto-tempo parietal, lesión cerebral estática y hemiparesia izquierda.
- Señala que la neuropediatría remitió al menor al otorrinolaringólogo quien indico un posible problema de audición, por lo que fue remitido a otología y se le ordeno la practica de exámenes, para los cuales se le asigno cita en la ciudad de Bucaramanga.
- Expresa que el día 27 de noviembre de 2023 el padre del menor radico derecho de petición ante la entidad accionada, mediante el cual pedía autorización de viáticos para el traslado a la ciudad de Bucaramanga junto con el menor Alejandro, el cual fue negado por la entidad accionada.
- Indica que, debido a la negligencia de la entidad accionada, como lo es viáticos para transporte, alimentación y alojamiento para su hijo y un acompañante, para acceder a la realización de los exámenes médicos y la cita con otólogo en la ciudad de Bucaramanga.
- En ese sentido solicita se garantice al menor Alejandro Fuentes y un acompañante los gastos de transporte, alimentación y alojamiento que requiere el menor para la realización de los exámenes medico y la correspondiente remisión al otólogo, junto con un acompañante, para garantizar su derecho fundamental a la salud.

II. ACTUACIÓN PROCESAL:

El despacho mediante auto del catorce (14) de diciembre de 2023, procedió admitir la acción de tutela de referencia, y notificándose a las partes sobre su admisión, y solicitando respuesta de los hechos presentados por el accionante a la parte accionada

III. CONTESTACION DE LA PARTE

La parte accionada **FAMISANAR EPS**, rindió el siguiente informe:

Manifestó que el menor Alejandro Fuentes se encuentra vinculado a EPS FAMISANAR en el régimen contributivo, en calidad de beneficiario del señor Carlos Fuentes quien realiza aportes al SGSS con reporte de IBC por el valor de CINCO MILLONES SETENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y UN PESOS.

Señala que el usuario ha recibido tratamiento integral de conformidad a lo ordenado por los médicos tratantes, teniendo en cuenta que, para la consulta especializada por otología, la misma fue direccionada a la IPS AUDIOMEDICA S.A.S, debido a que no se tiene alcance en la ciudad de Valledupar.



Con respecto al servicio de transporte para el usuario y su acompañante el afiliado no demuestra carencia de recursos para asumir cubrir servicios que no corresponden al ámbito de la salud, teniendo en cuenta que el cotizante realiza aportes al SGSSS, por valor de CINCO MILLONES SETENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y UN PESOS, por lo que no existe perjuicio irremediable que comprometa el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida, por lo que consideran no existe vulneración a los derechos fundamentales por parte de la entidad accionada.

La entidad vinculada **SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD**, quien fue debidamente notificada de la presente acción de tutela, no contestó.

IV. PRETENSIONES¹:

PRIMERA: Que se le garanticen de manera ininterrumpida la prestación del servicio de acuerdo con su patología.

SEGUNDA: Que se entreguen los gastos de transporte, alojamiento y alimentación para la ciudad de Bucaramanga para el menor Alejandro Fuentes Mendoza y un acompañante para que se adelante las citas o procedimientos que deba practicarse por fuera de la ciudad de Valledupar y que sean requeridos por su estado de salud.

TERCERO: Que se le autoricen las citas y exámenes médicos requeridos para el menor Alejandro Fuentes Mendoza puede recuperar su calidad de vida como sujeto de doble protección constitucional.

V. DERECHO FUNDAMENTAL TUTELADO:

El accionante considera que, con los anteriores hechos se está vulnerando su derecho fundamental a la salud, la vida, entre otros.

VI. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

La Constitución de 1991 consagró, en el artículo 86, la acción de tutela como un mecanismo creado para la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas que por alguna acción u omisión de una autoridad pública o de los particulares, son amenazados o, de hecho, vulnerados.

6.1. Competencia del Juez para la resolución del presente conflicto jurídico - constitucional:

Además de las normas citadas en el encabezamiento de esta providencia acerca de la facultad en cabeza de los Jueces de la República para conocer de este tipo de conflicto jurídico-constitucional, el Decreto 1382 de 2000, estableció las reglas para el reparto de la Acción de Tutela. Al manifestar la Corte Constitucional que todos los jueces son competentes para conocer de Tutelas, este Despacho es competente para conocer de ella, en consecuencia, entrará a estudiar si en efecto se han vulnerado los derechos cuya protección reclama la accionante.

6.2. Legitimación por activa. Conforme al artículo 86 de la Carta, toda persona podrá presentar acción de tutela ante los jueces para procurar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular. Por su parte, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, regula la legitimación para el ejercicio de la acción de tutela. La norma en cita establece que la solicitud de amparo puede ser presentada: i) a nombre propio; ii) a través de representante legal; iii) por medio de apoderado judicial; o iv) mediante agente oficioso.

¹ Tomado textualmente del escrito de la demanda



En el caso objeto de estudio, se acredita que la señora ILBA FARELO ZAMBRANO actúa en representación de su hijo ALEJANDRO FUENTES MENDOZA ante la presunta vulneración de su derecho fundamental a la salud, por lo que se en conjunto estas dos circunstancias hacen concluir que el requisito de legitimación por activa se encuentra satisfecho de buena manera.

6.3. Legitimación por pasiva. La legitimación en la causa por pasiva dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal de quien es el destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, una vez se acredite la misma en el proceso. Conforme a los artículos 86 de la Constitución y 1º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública y contra particulares.

En el asunto de la referencia, la acción de tutela se dirige contra FAMISANAR EPS, quien es la entidad, a la cual se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales a la Salud, la vida entre otros, lo cual deriva en ostentar la capacidad para ser sujeto pasivo de la presente acción constitucional.

6.4 Derecho a la salud como derecho fundamental. Reiteración de jurisprudencia:

El artículo 49 de la Constitución consagra la salud como un servicio público a cargo del Estado, el cual debe garantizar “a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”; es así como, desde este criterio de universalidad, debe abordarse el estudio del carácter fundamental de este derecho, “en dos pilares armónicos y complementarios, éstos son, el carácter autónomo e independiente que abarca este derecho en sí mismo y en la conexidad que posee con otros derechos de rango fundamental”²

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 12 menciona la relación de dependencia que tiene el derecho a la salud con la dignidad del hombre, estableciendo que todas las personas tienen derecho “al disfrute del más alto nivel de salud física y mental”; en consecuencia, establece que los Estados parte, para llevar a cabo la plena realización de este derecho, deben adoptar medidas tales como: “La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

La Corte Constitucional ha reiterado el carácter fundamental y autónomo del derecho a la salud, en la medida en que: “(...) la implementación práctica de los derechos constitucionales fundamentales siempre dependerá de una mayor o menor erogación presupuestaria, de forma tal, que despojar a los derechos prestacionales – como el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, al acceso al agua potable entre otros - de su carácter de derechos fundamentales resultaría no sólo confuso sino contradictorio. Al respecto, se dice, debe repararse en que todos los derechos constitucionales fundamentales – con independencia de si son civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, de medio ambiente - poseen un matiz prestacional de modo que, si se adopta esta tesis, de ninguno de los derechos, ni siquiera del derecho a la vida, se podría predicar la fundamentalidad. Restarles el carácter de derechos fundamentales a los derechos prestacionales, no armoniza, por lo demás, con las exigencias derivadas de los pactos internacionales sobre derechos humanos mediante los cuales se ha logrado superar esta diferenciación artificial que hoy resulta obsoleta así sea explicable desde una perspectiva histórica.”

Cuando se trata de sujetos de especial protección deviene la irreductible exigencia de una protección constitucional en una dimensión reforzada, debido a que el Estado debe velar por garantizar la mejor prestación posible de este servicio, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad que rigen el Sistema General de Seguridad Social de Salud,

² T-360 de 2010.



permitiéndose acudir ante el juez constitucional, de manera directa, cuando tal derecho se encuentre conculcado o amenazado.³

6.5. Del acceso a los servicios y medicamentos no contemplados dentro del Plan Obligatorio de Salud (POS):

Para la jurisprudencia constitucional, la garantía básica del derecho fundamental a la salud no está limitada por el catálogo de beneficios consignados en la Ley 100 de 1993 o en los demás regímenes especiales, sino que se amplía a todos los demás servicios requeridos por personas que carecen de capacidad de pago para costearlos y que se constituyen en necesarios para conservar la vida y la salud en condiciones dignas.

Las normas del sistema de seguridad social en salud no debe ser un obstáculo para el goce efectivo de los derechos a la vida, la dignidad y la salud, pues si una persona requiere un pero no cuenta con la capacidad económica para pagarlos, la entidad prestadora de servicios de salud está obligada a autorizar el servicio médico que se requiera, teniendo derecho al reintegro por parte del Estado del servicio no cubierto por el POS, siempre y cuando se presenten los siguientes supuestos:“(i) que la falta del servicio médico que se requiere vulnere o amenace los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo necesita; (ii) que el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio o cuando esté científicamente comprobado que el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido; (iii) que el servicio haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo, o aun no siendo así, la entidad no haya desvirtuado con razones científicas la necesidad de un tratamiento ordenado por un facultativo de carácter particular”(iv) la falta de capacidad económica del peticionario para costear el servicio requerido.”⁴

6.6. Del deber de garantizar el acceso a los servicios de salud, libre de trámites y procedimientos administrativos engorrosos e innecesarios:

“En el sistema de salud colombiano, el acceso al servicio médico requerido pasa a veces, por la superación de determinados trámites administrativos. Esto es razonable, siempre que tales trámites no demoren excesivamente el acceso al servicio y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir, ya que de ello también dependen la oportunidad y la calidad del servicio. La jurisprudencia constitucional ha garantizado el derecho a acceder a los servicios de salud, libre de obstáculos burocráticos y administrativos. Así, por ejemplo, cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una administración diligente, una EPS demora un tratamiento médico al cual la persona tiene derecho, viola el derecho a la salud de ésta. Los trámites burocráticos y administrativos que demoran irrazonablemente el acceso a un servicio de salud al que tienen derecho, irrespetan el derecho a la salud de las personas. En conclusión, una EPS viola el derecho a la salud de una persona, cuando se le niega el acceso al servicio con base en el argumento de que la persona no ha presentado la solicitud al Comité. En este caso basta con que la persona se dirija a la EPS a la que se encuentra afiliada y haga la respectiva solicitud, de allí en adelante, es la EPS la que debe encargarse de realizar el resto de los trámites. Para la Corte ‘las EPS no pueden imponer como requisito de acceso a un servicio de salud el cumplimiento de cargas administrativas propias de la entidad’. En tal sentido, cuando una EPS niega servicios de salud a una persona que tiene derecho a ellos, porque no realizó un trámite que le corresponde realizar a la propia entidad, irrespeta su derecho a la salud, puesto que crea una barrera para acceder al servicio”⁵

6.7. De los servicios en salud ordenados por el médico tratante:

La Corte Constitucional ha señalado reiteradamente que el médico tratante, es decir, aquel facultativo adscrito a la EPS del accionante es el profesional de la salud del cual deben provenir

³ T-360 de 2010.

⁴ Sentencias T-1204 de 2000, T-648/07, T-1007/07, T-139/08, T-144/08, T-517/08, T-760/08, T-818/08, entre muchas otras

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, SENTENCIA T-233/11, M.P. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.



las órdenes de servicios de salud requeridos. Así, para la mencionada Corporación no resultan amparables, en principio, las solicitudes de protección del derecho fundamental a la salud que se refieran a servicios prescritos por un médico que no está adscrito a la EPS del peticionario.

A pesar de lo expuesto, también ha reconocido en algunos casos que las ordenes medicas provienes de un facultativo particular, no adscrito a la EPS del reclamante, pueden llegar a tener valor, como lo sustentó en la sentencia T-760 de 2008 la Honorable Corte Constitucional: "... el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso en concreto."

En consecuencia, una EPS desconoce el derecho fundamental a la salud de una persona cuando, a pesar del carácter urgente del servicio ordenado por el médico, se abstiene de prestarlo.

VII. PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico a resolver en el asunto puesto bajo escrutinio de esta judicatura, consiste en determinar si la entidad accionada, FAMISANAR EPS está vulnerando o ha vulnerado los derechos fundamentales de la señora ILBA FARELO ZAMBRANO, al no autorizarle los gastos de transporte, alimentación y alojamiento para la cita direccionada en la IPS AUDIOMEDICA S.A.S de la ciudad de Bucaramanga.

VIII. CASO EN CONCRETO

En el caso que hoy ocupa la atención del despacho, se extrae del acápite de los hechos que el menor Alejandro Fuentes Mendoza, quien se encuentra diagnosticado con varias patologías, afiliado al régimen contributivo en salud como beneficiario del señor Carlos Enrique Fuentes Mendoza, le fue ordenada por el medico tratante consulta especializada en otología, la cual fue autorizada por la EPS en la IPS AUDIOMEDICA S.A.S ubicada en la ciudad de Bucaramanga.

Manifiesta la accionante que no cuenta con los recursos económicos para asistir a dicha consulta, por lo que se estaría vulnerando su derecho fundamental a la salud, lo cual fue solicitado ante la entidad accionada, sin embargo, dicha solicitud fue negada, considerando así, la existencia de barreras que le impiden el goce efectivo de los servicios de salud.

Con respecto a los usuarios que requieren de un acompañante en la jurisprudencia reiterada sobre el tema, la Corte ha establecido que una EPS vulnera el derecho a la salud de una persona afiliada a ella que debe salir del municipio o ciudad donde reside para acceder a un servicio o tecnología incluida en el plan de beneficios vigente, cuando no cubre los gastos de transporte y estadía *de su acompañante*, siempre y cuando se cumplan las siguientes tres condiciones: (i) que el usuario dependa de un tercero para desplazarse; (ii) que *"requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas"*; y (iii) que ni el usuario ni su familia tengan los recursos económicos necesarios para cubrir los gastos mencionados.

Procederá el despacho a verificar el cumplimiento de los requisitos impuestos por la honorable Corte Constitucional para ordenarle a la EPS que le suministre los gastos de transporte solicitados por el accionante como medio para la garantía del derecho fundamental de la salud en el presente caso.

El paciente se trata de un menor de 2 años, diagnosticado con atraso en el desarrollo neuro psicomotor, atraso en el lenguaje expresivo, con antecedente de encefalopatía, hemiparesia



izquierda, por lo que se encuentra acreditada su dependencia de un tercero para poder desplazarse, así como la atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas.

Ahora bien, frente al requisito establecido en el inciso *iii*) se tiene que la entidad accionada demostró dentro de su contestación que el padre del menor quien es el cotizante, realiza aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud por el valor de cinco millones setenta y nueve mil ochocientos ochenta y un pesos (\$5.079.881), por lo que no se cumple con el requisito de falta de capacidad económica, toda vez que se cuenta con ingresos suficientes para cubrir los gastos de transporte, alimentación y hospedaje, para asistir a la consulta con especialistas en otología, la cual fue autorizada por la EPS en la ciudad de Bucaramanga, por lo que no se observa negación en la autorización de los servicios médicos requeridos por el menor.

En ese sentido, la afirmación realizada por el accionante de la falta de recursos económicos ha sido desvirtuada por la accionada, de ahí que la acción de tutela será negada, en el entendido que no se cumple con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional, en vista de las anteriores consideraciones, toda vez que no existe prueba sumaria aportada por el accionante que acredite la falta de recursos económicos que pongan de presente una posible vulneración a su acceso al servicio de salud.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR la presente acción de tutela instaurada por JASSEL MENDOZA ARIAS en representación de su hijo ALEJANDRO FUENTES MENDOZA, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Notifíquese este fallo por secretaria, o por el medio más eficaz (oficio o telegrama).

TERCERO: En caso de ser impugnado el presente fallo, envíese por secretaria a la oficina judicial para que se surta el reparto correspondiente, en caso de no serlo, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase

El Juez,


JOSSUE ABDON SIERRA GARCÉS
JUEZ



Valledupar, Diecisiete (17) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

Oficio No. 0029

Señores:

ALVARO LOZANO PALOMINO

Dirección de correo electrónico:

FAMISANAR EPS

Dirección de correo electrónico

SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL CESAR

Dirección de correo electrónico

Referencia: ACCION DE TUTELA.

Accionante: JASSEL MENDOZA ARIAS en representación de su hijo ALEJANDRO FUENTES MENDOZA

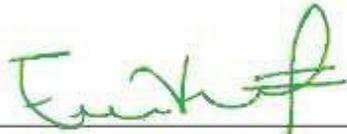
Accionado: FAMISANAR EPS

Vinculado: SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL CESAR

Rad. 20001-41-89-002-2023-00688-00

Providencia: FALLO DE TUTELA

Notifico el fallo de tutela de fecha Diecisiete (17) de enero de dos mil veinticuatro (2024) que en parte resolutive dice: **PRIMERO: NEGAR** la presente acción de tutela instaurada por JASSEL MENDOZA ARIAS en representación de su hijo ALEJANDRO FUENTES MENDOZA, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia. **SEGUNDO:** Notifíquese este fallo por secretaria, o por el medio más eficaz (oficio o telegrama). **TERCERO:** En caso de ser impugnado el presente fallo, envíese por secretaria a la oficina judicial para que se surta el reparto correspondiente, en caso de no serlo, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión. NOTIFIQUESE Y CUMPLASE. El Juez (*fd*) JOSSUE ABDON SIERRA GARCES. Atentamente,


ESTEFANIA VILLAMIZAR LARRAZABAL
Secretaria